بحث محكم

شرط الاجتهاد

فيمن يلي القضاء

إعداد

د. عبد العزيز بن عبد الرحمن بن عبد العزيز المشعل(*)

(*) الأستاذ المشارك بقسم أصول الفقه بكلية الشريعة بالرياض بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية.

المقدمة

الحمد لله الآمر بالإحسان والعدل، والصلاة والسلام على نبينا محمد خاتم الرسل، وعلى آله وصحبه ومن سار على هديهم وامتثل، إلى يوم الدين أما بعد:

فإن الاجتهاد في الشريعة الإسلامية من الموضوعات التي عني بها علماء أصول الفقه في مؤلفاتهم، فقد أفردوا له قسماً مستقلاً منها، تناولوا فيه مسائل الاجتهاد والتقليد.

ومما لا شك فيه أن القضاء في الشريعة الإسلامية يرتكز على هذه السمة البارزة في الفقه الإسلامي، ألا وهي الاجتهاد والنظر، الذي يعد مجالاً خصباً لذلك، فإن القاضي حينما ينظر فيما يعرض له من قضايا فإنه لابد من اجتهاده واستفراغ وسعه في ذلك قبل الحكم فيها.

وقد جاء الحديث الصحيح صريحاً في ذلك، فقد أخرج البخاري ومسلم عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أنه سمع رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول: "إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران" الحديث، فالاجتهاد سمة ملازمة للقضاء في الشريعة الإسلامية، وهو يتطلب من القاضي إعمال الفكر والنظر في القضية التي تعرض عليه، وتنزيل الأدلة على الوقائع، وغير ذلك مما يستدعيه النظر والتأمل فيما يعرض للقاضي من قضاء.

ونظراً لأهمية بحث هذا الموضوع لعلاقته بالقضاء الذي يعتبر أعلى المناصب في الإسلام لخطره العظيم، وحاجة الناس الماسة إليه في إحقاق الحق والعدل بينهم، وحاجة من يوكل إليه ذلك إلى أن يكون على جانب من العلم والفقه في دين الله –فقد رأيت مناسبة تناول مسألة اشتراط الاجتهاد فيمن يلي القضاء ودراستها دراسة أصولية تحدد معالمها، وتحرر محل النزاع فيها، وتبين علاقتها المباشرة بعلم أصول الفقه حيث الحديث عن الاجتهاد، والمراد به في مسائل البحث، ومتى يعد القاضي مجتهداً؟ ومتى لا يعد؟

ورأيت أن يكون عنوان هذه الدراسة: شرط الاجتهاد فيمن يلي القضاء.

المطلب الأول

تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحاً

أما تعريفه لغة فإنه افتعال من الجهد، وهو مصدر (جهد) ثلاثي، والأصل اللغوي لهذه الكلمة كما -يقول ابن فارس – هو الجيم والهاء والدال أصله المشقة ثم يحمل عليه ما يقاربه، يقال: جهدت نفسي وأجهدت، والجهد: الطاقة[1]، يقول الله تعالى: (وَالَّذِينَ لَا يَجِدُونَ إِلَّا جُهْدَهُمْ) [2].

والجهد بالفتح: ما جهد الإنسان من مرض ونحوه مما يشق، فهو مجهود، والجهد بالضم تفيد هذا المعنى أيضاً على قول بعض أئمة اللغة.

ومما جاء على هذا المعنى قولهم –على سبيل المجاز–: أجهدت رأيي، أي أتعبته بالفكر، ومنه حديث معاذ: "أجتهد رأيي"[3] أي أبذل طاقتي ووسعي.

وبالتأمل في المعاني التي يستعمل فيها لفظ (الجهد) نجد أنها تعني المشقة أو ما يقارب هذا المعنى الذي لا يخلو من ذكر المشقة، ومن أبرزها الطاقة والوسع فهما يدلان على بذل المشقة، فمن بذل طاقته ووسعه في شيء فقد تحصلت له المشقة، وخلاصة الأمر أن هذه المعاني قد تأتي للمشقة ذاتها، أو لما هو محصل لها أو سبب لوجودها.

وقد جاءت تعريفات الأصوليين لهذه اللفظة في اللغة غير بعيدة مما قرره أهل اللغة، إلا أن كثيراً منهم قد ألمح إلى أمر مهم، وهو أن الاجتهاد لا يطلق إلا على ما فيه مشقة وكلفة، أي ما بذل فيه جهد غير عادي، ولذلك يقولون: إنه لا يقال: اجتهد فلان في حمل رغيف أو سوط، لأنه لا مشقة في حمله، إنما يقال اجتهد في حمل الرحى أو الشيء الثقيل؛ لملازمة المشقة لهذا العمل، ولعل كلمة (اجتهد) اشتملت على التاء وهي تدل في لغة العرب على فرط المعاناة وتعاطي الشيء بعلاج وإقبال شديد، كما (اقتلع)

---

(1) معجم مقاييس اللغة لابن فارس 487/1.

(2) سورة التوبة، الآية (79).

(3) أخرجه أبو داود في كتاب الأقضية – باب اجتهاد الرأي في القضاء برقم (3592)، والترمذي في كتاب الأحكام، باب ما جاء في القاضي كيف يقضي برقم (1327)، والإمام أحمد في المسند273/5.

ونحوها[4].

أما تعريف الاجتهاد في اصطلاح الأصوليين فإنه يعرف باعتبارين:

الأول– باعتبار معناه الوصفي، وهو تعريفه باعتباره وصفاً أو حالاً متى ما اتصف بها المرء سمي مجتهداً.

ومن أقرب التعريفات التي ذكرها الأصوليون للاجتهاد بهذا الاعتبار أنه: "بذل الجهد التام في الإحاطة بمدارك الشريعة لتحصيل علم أو ظن بحكم شرعي"[5].

الثاني– تعريفه باعتباره ملكة أو صفة تقوم فيمن يؤدي عملية الاجتهاد، ولم يتعرض لذلك معظم الأصوليين فيما اطلعت عليه، وإنما ذكره بعض المعاصرين، وعرفوه بهذا الاعتبار، بأنه: "ملكة يقتدر بها على استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية"[6].

ولعلنا في هذا البحث بحاجة إلى الإحاطة بالتعريفين معاً، لأن المقصود منه معرفة مدى اشتراط تحقق وجود هذه الصفة فيمن يلي القضاء وتوافر أسبابها وشروطها، وقيامه بذلك فعلاً فيما يوكل إليه النظر فيه من قضايا.

ولعل هذا البحث يقف بنا على شيء من ذلك بإذن الله.

([4]) ينظر: الإحكام للآمدي 162/4، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب 2 /289، نفائس الأصول في شرح المحصول 3788/9.

([5]) الاجتهاد والتقليد في الإسلام، د/ طه العلوني، ص 16.

([6]) الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصر لموسى توانه ص 120.

المطلب الثاني

مراتب المجتهدين

إن الحديث عن مراتب المجتهدين في الشريعة، ودرجات الاجتهاد أمر مهم جداً لتصور المراد في هذا البحث، فإننا إذا وقفنا على ما قرره علماء أصول الفقه في باب الاجتهاد فيما يتعلق بالشروط الواجب توافرها في المجتهد، ومراتب المجتهدين في الشريعة – فإننا نستطيع بعد ذلك أن نعرف مدى توافر هذه الشروط فيمن يلي القضاء أو عدم توافرها فيه، أو توافر بعضها دون بعض، لأن المجتهدين ليسوا على مرتبة واحدة في تحصيل أسباب ذلك، ومن هنا لابد من التوطئة لما سيأتي بذكر أقسام المجتهدين في أحكام الشريعة، وقد ذكر الأصوليون أن المجتهدين ينقسمون باعتبار مراتب اجتهادهم إلى عدة أقسام هي:

القسم الأول: المجتهد المطلق المستقل:

وهذا القسم من المجتهدين يتسنم أعلى المراتب، ولم يصل إليها إلا عدد قليل من فقهاء المسلمين ويتمثل هذا القسم في الفقيه الذي لديه القدرة على الإفتاء في جميع أبواب الشرع، العالم بكتاب الله وسنة رسوله صلي الله عليه وسلم وأقوال الصحابة، فهو المجتهد في أحكام النوازل، يقصد فيها موافقة الأدلة الشرعية حيث كانت[7].

وقد قال العلامة ابن القيم – رحمه الله –: إن هذا النوع يسوغ لهم الإفتاء، ويسوغ استفتاؤهم ويتأدى بهم فرض الاجتهاد[8]، ونقل بعض المتأخرين الإجماع على ذلك[9].

وقد ذكر الأصوليون أنه يشترط فيمن يصل إلى هذه الرتبة عدة شروط، من أهمها:

1– الإسلام.

2 – التكليف، وهو البلوغ والعقل.

([7]) إعلام الموقعين لابن القيم 4 /212، الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصر /357.

([8]) إعلام الموقعين 4 /212.

([9]) الاجتهاد ومدى حاجتنا إليه في هذا العصر /356.

3 – العدالة.

4 – الإحاطة بمدارك الشريعة المثمرة للأحكام، وهي أصول الأدلة: الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وما يرجع إلى الكتاب والسنة من الأدلة الشرعية الأخرى، كالاستصحاب، والعرف، وسد الذرائع، والاستصلاح، والاستحسان وغيرها.

وقد أفاض الأصوليون فيما يشترط معرفته من هذه الأدلة على وجه التفصيل: فذكروا أنه يجب أن يعرف المجتهد من الكتاب ما يتعلق فيه بالأحكام، إن كان في مجال القضاء فينبغي أن يعرف منه، ما ولي القضاء منه كآيات الأحكام المتعلقة بالأمور التي أسند إليه القضاء فيها، ويعرف ناسخ القرآن ومنسوخه.

وأما السنة فيشترط في المجتهد معرفته بأحاديث الأحكام، والمصادر المعتمدة لها، والناسخ والمنسوخ منها، كما يحتاج إلى معرفة صحة الحديث الذي يستدل به وعدم ضعفه بالطرق المؤدية إلى ذلك.

وأما الإجماع فيشترط في المجتهد معرفته بمواقعه ليتجنب مخالفتها، كأن يعلم أن حكمه موافق لمذهب من المذاهب في المسألة، أو أن القضية حادثة لم يتعرض لها من سبقه من العلماء.

أما القياس فيشترط معرفته بشروطه وأركانه، وما يتعلق به[10].

5 – معرفته باللغة العربية:

ذكر الأصوليون أنه يشترط معرفة المجتهد باللغة العربية إحاطته بها، ليتمكن من فهم خطاب العرب والتمييز بين صريح الكلام وظاهره ومجمله، وحقيقته ومجازه، وعامه وخاصه، ومطلقه ومقيده، وفهم مرامي الكلام ومقاصده، لأن القرآن الكريم نزل بلسان عربي مبين، والرسول عليه الصلاة والسلام هو أفصح من نطق بالضاد، فكان لزاماً على كل ناظر في نصوص الكتاب والسنة أن يحيط علماً بلغتهما.

وقد ذكر الشاطبي أن صحة الاجتهاد في الأحكام الشرعية تتوقف على بلوغ رتبة الاجتهاد في لغة العرب

(10) انظر: المستصفى للغزالي 351/2، الإحكام للآمدي 4 /163، روضة الناظر لابن قدامة 960/3، البحر المحيط 199/6.

من الألفاظ والمعاني، وبالغ الشاطبي في ذلك فذكر أنه لابد من أن يكون المجتهد متبحراً في فهم لغة العرب، حتى يصل إلى درجة أئمة اللغة.

واعتبر الشاطبي أن فهم لغة العرب هو الباب الأول من أبواب فقه الشريعة، لأن الله تعالى أوحاها إلى رسوله عليه الصلاة والسلام على لسان العرب، وبها يسهل فهم كتاب الله وكلام رسول الله صلي الله عليه وسلم، ولذا كان ينبغي للمتعلم أن يبدأ بعلم العربية أولاً، إذ هي الأحق بالتقديم.

يقول الشاطبي في هذا المقام: "القرآن والسنة لما كانا عربيين لم يكن لينظر فيهما إلا عربي، كما إن من لم يعرف مقاصدهما لم يحل له أن يتكلم فيهما؛ إذ لا يصح له نظر حتى يكون عالماً بهما، فإنه إذا كان كذلك لم يختلف عليه شيء من الشريعة"(11).

6 – فهم مقاصد الشريعة من الأحكام:

ذكر الشاطبي هذا الشرط، واعتبره الأول والأهم من شروط الاجتهاد، فلا يمكن تحصيل رتبة الاجتهاد إلا بإدراك مقاصد الشريعة وفهمها، ورأى أن فهم المقاصد هو السبب في تنزيل المجتهد منزلة الخليفة للنبي صلي الله عليه وسلم، واعتبر أن أهم أسباب زلل العالم غفله عن اعتبار مقاصد الشريعة، وأن الإخلال بهذا الشرط يعد أقرب الطرق إلى الوقوع في البدع(12).

وقد أشار عدد من الأصوليين إلى أهمية هذا الشرط لبلوغ رتبة الاجتهاد(13).

7 – التمكن من الاستنباط:

وهذا الشرط مترتب على توافر الشروط السابقة، والمقصود منه معرفة طرق استنباط الأحكام من الأدلة وتطبيق الجزئيات على الكليات.

---

(11) الموافقات 213/3.

(12) الموافقات5 /41، 135.

وقد اعتبر الشاطبي أن هذا الشرط كالخادم للشرط السابق، وهو فهم مقاصد الشريعة، وهو المتمم لنيل رتبة الاجتهاد فيها[14].

كما إن كثيراً من الأصوليين قد ذكروا هذا الشرط، واعتبروه من أهم شروط ا لاجتهاد[15].

هذه هي أهم الشروط المعتبرة في المجتهد المطلق المستقل، وهو يتبوأ الرتبة العالية من درجات الاجتهاد، وممن بلغ هذه الرتبة كبار مجتهدي الصحابة والتابعين، والأئمة الأربعة: أبو حنيفة، ومالك، والشافعي، وأحمد. رحمهم الله أجمعين.

القسم الثاني: المجتهد المطلق المنتسب:

ذكر العلامة ابن القيم –رحمه الله– أن المجتهد المطلق المنتسب هو ذلك المجتهد في معرفة فتاوى إمام مذهبه وأقواله ومآخذه وأصوله، العارف بها المتمكن من التخريج عليها، وقياس ما لم ينص عليه إمامه على ما نص عليه من غير تقليد له لا في الحكم ولا في الدليل، لكن سلك طريقه في الاجتهاد والفتيا ودعا إلى مذهبه ورتبه وقرره، فهو موافق له في مقصده وطريقه معاً[16].

وذكر العلامة ابن القيم منهم على سبيل المثال لا الحصر القاضي أبا يعلى من الحنابلة، وأبا يوسف ومحمداً من الحنفية، والمزني و ابن سريج من الشافعية، وأشهب وابن القاسم من المالكية، ثم قال – رحمه الله –: "ومن تأمل أحوال هؤلاء وفتاويهم واختياراتهم علم أنهم لم يكونوا مقلدين لأئمتهم في كل ما قالوه، وخلافهم

([13]) ينظر: البرهان للجويني 2 /874-875، قواعد الأحكام في مصالح الأنام للعز بن عبد السلام 2 /160.

([14]) الموافقات 5 / 42.

([15]) ينظر: الرسالة للأمام الشافعي509-510، البرهان 869/2، الواضح لابن عقيل903/1، البحر المحيط 199/6.

([16]) إعلام الموقعين 212/4.

لهم أظهر من أن ينكر، وإن كان منهم المستقل والمستكثر، ورتبة هؤلاء دون رتبة الأئمة في الاستقلال بالاجتهاد"[17].

القسم الثالث: المجتهد في المذهب:

وقد ذكر بعض الأصوليين أن المجتهدين في المذهب ليسوا على رتبة واحدة، بل هم على مراتب، وذلك على النحو الآتي:

أ – مجتهد التخريج، وهو من يجتهد في حدود مذهب إمامه، فيقرر مذهبه بالدليل من غير تجاوز لأصول إمامه وقواعده في الاستدلال، ويكون لديه علم تام بالفقه وأصوله وأدلة الأحكام، وبصر نافذ بمسالك الأقيسة والمعاني، وقدرة على إلحاق ما لم ينص عليه بما نص عليه، وقد سماه السيوطي وغيره متجهلا التخريج[18].

ومن هذه صفته فإنه ينطبق عليه ما جعله العلامة ابن القيم في الرتبة الثالثة من أقسام المفتين، كما ذكر أن هذا هو شأن كثير من أصحاب الوجوه والطرق والكتب المطولة والمختصرة، وأن هؤلاء لا يدعون الاجتهاد، ولا يقرون بالتقليد[19].

ب – مجتهد الترجيح، وهو من يكون دون مرتبة مجتهد التخريج، ولكنه فقيه النفس، حافظ لمذهب إمامه، عارف بأدلته، قائم بتقريرها، ولديه قدرة على الترجيح، وقد أطلق الإمام السيوطي على هؤلاء مجتهدي الترجيح[20].

ج – مجتهد الفتوى، وهو من يحفظ المذهب ويفهمه في واضحات المسائل

([17]) المصدر السابق 213/4.

([18]) مقدمة المجموع شرح المهذب 1 /72، وانظر: الاجتهاد لموسى توانا ص 364.

([19]) إعلام الموقعين 213/4.

ومشكلاتها، ولديه قدرة على إلحاق غير المنقول حكمة في المذهب بالمنقول، إن وجد في المنقول معناه.

ومثل هذا يعتمد قوله فيما ينقله ويفتي به، مما هو مدون في مذهب إمامه من نصوص الإمام نفسه، أو تفريعات كبار مجتهدي المذهب على تلك النصوص[21].

وتجدر الإشارة هنا إلى أن إطلاق لفظ (مجتهد) على أصحاب الرتب الثلاث السابقة من المجتهدين في المذهب فيه نوع تجوز وتسامح في التعبير، ولو أردنا الدقة في العبارة لأطلقنا عليهم لفظ (المقلدين)، إن كان بينهم تفاوت واضح في الرتبة.

القسم الرابع: المجتهد الخاص

بناء على ما ذهب إليه جمهور الأصوليين من جواز تجزئة الاجتهاد[22] فإن هناك قسماً رابعاً من أقسام المجتهدين في الشريعة يمكن تسميته المجتهد الخاص، ويراد به أن يكون العالم مجتهداً في نوع من أنواع العلم، مقلداً في غيره، أو يجتهد في باب من أبواب الفقه كالبيوع أو الفرائض، ويقلد في غيرها، كما يجوز عند جمهور الأصوليين الاجتهاد في مسألة دون غيرها في باب معين من أبواب الفقه، ويسمى المجتهد فيها مجتهداً في مسألة[23].يقول ابن قدامة – رحمه الله –: "وليس من شرط الاجتهاد في مسألة أن يكون مجتهداً في كل المسائل، بل من عرف أدلة مسألة، وما يتعلق بها فهو مجتهد فيها وإن جهل غيرها، كمن يعرف الفرائض وأصولها، ليس من شرط اجتهاده فيها معرفته بالبيع، ولذلك ما من إمام إلا وقد توقف في

([20]) الاجتهاد لموسى توانه ص 367-368.

([21]) الوسيط في أصول الفقه الإسلامي للدكتور وهبة الزحيلي ص 547-548.

([22]) ينظر: المستصفى 353/2، المحصول 2 /709، الإحكام للآمدي 140/3، تيسير التحرير 182/4، إرشاد الفحول ص 237.

([23]) إعلام الموقعين 446/46، الاجتهاد والتقليد في الإسلام د/ طه العلواني ص 73.

مسائل، وقيل: من يجيب في كل مسألة فهو مجنون، إذا ترك العالم: (لا أدري) أصيبت مقاتله . . . و إنما المعتبر أصول هذه الأمور، وهو مجموع مدون في فروع الفقه وأصوله . . . إلخ "[24].

المطلب الثالث

تعريف القضاء لغة واصطلاحاً

أ – تعريف القضاء لغة:

القضاء واحد الأقضية، ويطلق لغة على معان كثيرة، منها: الحتم والفراغ من الأمر، ويجري على هذا جميع ما في القرآن الكريم من لفظ القضاء.

جاء في (لسان العرب) أن: "القضاء هو الحكم في الأمر والقطع والفصل فيه، والحكم في الشيء والأمر به والإخبار به، وبيانه والانتهاء منه "[25].

ب – تعريف القضاء اصطلاحاً:

تعددت تعريفات الفقهاء للقضاء في الاصطلاح، فقد عرفه بعض فقهاء الحنفية بأنه "فصل الخصومات، وقطع المنازعات على وجه خاص"[26].

وعرفه بعض الحنابلة بأنه: "تبيين الحكم الشرعي والإلزام به، وفصل الخصومات "[27].

وهناك تعريفات أخرى كثيرة، خلاصتها أنه لابد في حقيقة القضاء من الحكم الشرعي المستمد من أصول

([24]) المغني لابن قدامة 16/14.

([25]) لسان العرب 3665/5 مادة (قضى).

([26]) حاشية ابن عابدين 352/5.

([27]) شرح منتهى الإرادات 45/3.

التشريع، وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وما يتطلبه ذلك من الاجتهاد والنظر فيها، كما إنه لابد فيه من جانب الإلزام بهذا الحكم ليختلف بذلك عن الفتوى ونحوها.

المطلب الرابع

شروط القاضي إجمالاً، وبيان محل البحث في هذه الدراسة

ذكر الفقهاء – رحمهم الله – عدداً من الشروط التي لا بد من توافرها فيمن يلي القضاء، ومن هذه الشروط ما هو متفق عليه، ومنها ما هو مختلف فيه، فمن الشروط المتفق على اعتبارها فيمن يلي القضاء: الإسلام، والتكليف [28]، ومنها الذكورة، والحرية، والعدالة عند معظم الفقهاء .

كما اتفق الفقهاء على اعتبار اشتراط السمع والبصر والنطق في الجملة[29].

وبعد اتفاقهم على هذه الشروط اختلفوا في اعتبار شروط أخرى، منها الكتابة[30]،والاجتهاد، أي كون القاضي متصفاً بالاجتهاد، وهو كونه ذا ملكة يستطيع بواسطتها استنباط الأحكام الشرعية من أدلتها التفصيلية، كما سبق بيانه في تعريف الاجتهاد.

وهذا الشرط هو محل البحث في هذه الدراسة، فقد اختلف الفقهاء في اعتباره شرطاً لصحة تولي القضاء أو عدم ذلك، كما سيأتي بيانه.

([28]) انظر: أدب القضاء للحموي ص21، الحاوي الكبير للماوردي16 /154، السلطة القضائية في الإسلام د/ شوكت عليان ص 107.

([29]) انظر: تبصرة الحكام لابن فرحون ص21، أدب القضاء للحموي ص21، السلطة القضائية في الإسلام ص110، تاريخ القضاء في الإسلام لمحمود عرنوس ص 76.

([30]) تبصرة الحكام ص21، القضاء في الشريعة الإسلامية للدكتور/ فاروق مرسي ص191.

المطلب الأول

تحرير محل النزاع في المسألة

تقدم معنا في تعريف الاجتهاد في الاصطلاح أنه يعرف باعتبارين:

الأول: باعتبار معناه الوصفي وعرف بأنه "بذل الجهد التام في الإحاطة بمدارك الشريعة لتحصيل علم أو ظن بحكم شرعي".

الثاني: باعتباره ملكة أو صفة متى وجدت في الشخص سمي مجتهداً، وعرف بهذا الاعتبار بأنه "ملكة يقتدر بها على استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية".

ومحل بحثنا في هذه المسألة في اشتراط وجود هذه الصفة فيمن يلي القضاء قبل توليته له، بحيث يعتبر الاجتهاد بهذا المعنى الاصطلاحي شرطاً فيمن يولى القضاء.

أما الاجتهاد بمعناه العام وهو إعمال الفكر والنظر في القضية الموكولة إلى القاضي فالذي يظهر لي أنه سمة ملازمة للقضاء، فإنه لا ينفك من ذلك قضاء غالبا، لأن القاضي سيبذل جهداً في النظر في القضية وحجج الخصوم وشهادة الشهود، والقرائن وغير ذلك، فليس المقصود بالاجتهاد محل البحث في المسألة هذا المعنى، بل من المعلوم بداهة أن مثل هذا الأمر لابد منه للقضاء والنظر.

وإنما حصل الخلاف بين العلماء في اشتراط توافر الاجتهاد بمعناه الاصطلاحي المتقدم فيمن تسند إليه ولاية القضاء، بحيث لا يصح تولية المقلد أو الجاهل عند من يرى الاشتراط.

كما أنه قد ذكر غير واحد من العلماء الذين تناولوا هذه المسألة أن محل الخلاف فيها هو: إذا وجد العدول المجتهدون الذين ينطبق عليهم تعريف الاجتهاد بالاعتبارين السابقين في عصر ما، فهل يعتبر الاجتهاد شرطاً لجواز تولي أمور القضاء وصحة حكم القاضي والعمل به؟ أو يعتبر شرط أولوية واستحباب

فقط، فتصح تولية المقلد مع وجود المجتهدين؟

أما في حالة عدم وجود العدول المجتهدين فلم يقل أحد من العلماء -فيما اطلعت عليه - باشتراط الاجتهاد فيمن يلي القضاء؛ لأن ذلك يؤدي بالضرورة إلى سد باب القضاء، وإضاعة حقوق العباد، وقد صرح كثير من العلماء بذلك عندما تناولوا هذه المسألة.

يقول صاحب (تبصرة الحكام) نقلاً عن المازري من المالكية - وهو ممن عاش في القرن السادس الهجري - ما نصه:

"فالمنع من ولاية المقلد القضاء في هذا الزمان تعطيل للأحكام، وإيقاع في الهرج والفتن والنزاع، وهذا لا سبيل إليه في الشرع "[31].

ويقول صاحب (الإنصاف): "وعليه العمل من مدة طويلة، وإلا تعطلت أحكام الناس"[32].

وسيأتي لذلك مزيد بيان وإيضاح عند الحديث عن أثر الخلاف في المسألة وذلك في المبحث الثاني من هذا البحث.

(31) تبصرة الحكام 27/1، وانظر نحو ذلك في المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم للقرطبي 168/5.

(32) الإنصاف المطبوع مع الشرح الكبير 302/21، وانظر نحوه في مغني المحتاج شرح المنهاج 4 /377.

المطلب الثاني

أقوال العلماء في المسألة

اختلف العلماء – رحمهم الله – في اشتراط الاجتهاد فيمن يلي القضاء في حالة وجود المجتهدين في العصر، وهل يعتبر ذلك شرط جواز وصحة، أو شرط ندب واستحباب؟ وكان اختلافهم في ذلك على قولين:

القول الأول: أن الاجتهاد شرط جواز وصحة لتولي القضاء، وبناء على ذلك لا تصح تولية القضاء لغير المجتهد ولا يجوز ذلك.

وقال بذلك أكثر المالكية[33]، والشافعية[34]، والحنابلة[35]، والظاهرية[36].

وقرر هؤلاء أن تولية المقلد أو الجاهل للقضاء مع وجود العدول المجتهدين غير صحيحة، وأحكامه غير نافذة ولو صادفت الحق؛ لأنه لا ولاية له[37].

والذي يظهر من كلام هؤلاء وغيرهم ممن كتب في هذا الموضوع أن المقصود بالاجتهاد عندهم الذي اعتبروه شرط جواز وصحة لتولي القضاء إنما هو الاجتهاد المطلق، فقد ذكر كثير منهم شروطاً وصفات لابد من توافرها فيمن يوصف بذلك، ولا تجتمع هذه الشروط والصفات إلا فيمن بلغ درجة الاجتهاد المطلق[38]، وقد سبق ذكرها تفصيلاً عند الحديث عن مراتب المجتهدين[39].

([33]) مختصر خليل بشرحه مواهب الجليل للحطاب 66/8-67، الخرشي على مختصر خليل 139/4، عقد الجواهر الثمينة لابن شاس97/3، تبصرة الحكام 26/1، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم للقرطبي 5 /168، 169.

([34]) روضة الطالبين للنووي8 /83، الحاوي الكبير للماوردي 159/16، أدب القضاء للحموي ص 27.

([35]) رؤوس المسائل الخلافية للعكبري 957/6، المغني لابن قدامة14/14-15

([36]) المحلى لابن حزم 509/10.

([37]) الحاوي الكبير للماوردي 16 /159، مواهب الجليل 67/8، تبصرة الحكام 26/1.

([38]) انظر –مثالأ–: الإفصاح لابن هبيرة 345/2، أدب القضاء للحموي ص 27، المنهاج بشرحه مغني المحتاج 375/4-377، المغني لابن قدامة 15/14-16

([39]) انظر: المطلب الثاني من تمهيد هذا البحث.

القول الثاني: أن الاجتهاد شرط ندب واستحباب فيمن يلي القضاء، فيصح تولية غير المجتهد مع وجود العدول المجتهدين، وإن كان الأولى تولية المجتهد، وقال بذلك أكثر الحنفية[40]، وبعض المالكية[41].

وقرر هؤلاء أنه يجوز تولية القضاء للمقلد، وإن وجد مجتهد أو مقلد أفضل منه، إذ يستطيع الرجوع إلى فتوى غيره، والقضاء بمشهور المذاهب.

يقول صاحب (الهداية): "وأما الثاني فالصحيح أن أهلية الاجتهاد شرط الأولوية "[42].

بل إن بعض الحنفية قد ذهب إلى ما هو أبعد من ذلك، فقال بصحة تقليد الجاهل القضاء.

يقول صاحب (ملتقى الأبحر): "والاجتهاد شرط الأولوية، فيصح تقليد الجاهل"[43].

ولعله لا يقصد بالجاهل ذلك العامي المحض كما قد يتوهم، وإنما يقصد به ما يقابل المجتهد، وهو الذي يكون على علم، ولكنه مقلد لإمام معين.

وسيأتي مزيد بيان وإيضاح لهذه الجزئية عند الحديث عن أثر الخلاف في هذه المسألة[44].

---

(40) بدائع الصنائع 7/3، حاشية ابن عابدين 365/5، الهداية شرح بداية المبتدي 112/3، شرح فتح القدير على الهداية 256/7.

(41) تبصرة الحكام 27/1، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك 2/ 330.

(42) الهداية شرح بداية المبتدي 112/3، شرح فتح القدير 256/7.

(43) ملتقى الأبحر بشرحه مجمع الأنهر 2 /426.

(44) ينظر: المبحث الثاني من هذا البحث.

المطلب الثالث

الاستدلال للأقوال ومناقشة ما يستحق المناقشة

استدل أصحاب القول الأول القائلون بأن الاجتهاد شرط جواز وصحة فيمن يلي القضاء بأدلة كثيرة من الكتاب، والسنة، والمعقول، وتفصيل ذلك على النحو الآتي:

أ – **أدلتهم من الكتاب:**

1– قوله تعالى: (**وَأَنِ احْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ(49)**) [45].

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه وتعالى أمر نبيه عليه الصلاة والسلام بالحكم بما أنزل سبحانه وتعالى، ولم يأمره بالحكم بالتقليد[46].

2 – قوله تعالى: (**يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُمْ بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى فَيُضِلَّكَ عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ(26)**) [47].

وجه الاستدلال : أن الله تعالى قد أمر نبيه داود عليه السلام أن يقضي بين الناس بالحق، وهذا –وإن كان من شرع من قبلنا – قد ورد في شرعنا ما يثبته ويؤيده، وهو الأمر بالحكم بالعدل والقسط، كقوله تعالى: (**إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ(58)**) [48]، وقوله تعالى: (**وَإِنْ حَكَمْتَ فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِالْقِسْطِ(42)**) [49].

---

(45) سورة المائدة، الآية (49).

(46) المغني لابن قدامة 4 14/1.

(47) سورة ص، الآية (26).

(48) سورة النساء، الآية (58).

(49) سورة المائدة، الآية (42).

ب – أدلتهم من السنة:

1 – ما أخرجه البخاري بسنده عن عمرو بن العاص رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلي الله عليه وسلم يقول: "إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر"(50).

وجه الاستدلال: أن النبي صلي الله عليه وسلم جعل حصول القاضي على الأجر في حالة الخطأ، والأجر المضاعف في حالة الإصابة، مشروطاً ببذل الوسع والاجتهاد، لقوله في الحالتين:

"فاجتهد" وما دام الحصول على الأجر في الحالتين مشروطاً بوجود الاجتهاد فإنه إذا تخلف الشرط تخلف المشروط، فلا يؤجر إذا حكم بغير اجتهاد، بل إنه آثم ولو أصاب، وإن أخطأ فهو غير معذور(51).

2 – ومثله حديث بريدة رضي الله عنه عن رسول الله صلي الله عليه وسلم أنه قال: "القضاة ثلاثة: قاضي في الجنة، واثنان في النار، قاض عرف الحق فقضى به فهو في الجنة، وقاض عرف الحق فقضى بخلافه فهو في النار، وقاض قضى على جهل فهو في النار"(52).

وجه الاستدلال: أن النبي صلي الله عليه وسلم جعل القاضي الذي يحكم عن جهل أحد القاضيين اللذين في النار، فدل ذلك على أنه لا يجوز لغير من عرف الحق بدليله – وهو المجتهد– أن يتولى القضاء(53).

3 – حديث معاذ رضي الله عنه والذي أخرجه أبو داود وغيره عن ناس من أهل حمص من أصحاب معاذ أن رسول الله صلي الله عليه وسلم لما أراد أن يبعث معاذاً إلى اليمن قال: كيف تقضي إذا عرض لك قضاء؟ قال: أقضي بكتاب الله، قال: فإن لم تجد في كتاب الله؟ قال: فبسنة رسول الله صلي الله عليه

(50) أخرجه البخاري في كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو أخطا157/8، وأخرجه مسلم في كتاب الأقضية –باب بيان أجر الحاكم إذا اجتهد فاصاب أو أخطا 1342/3ح(1716) .

(51) فتح الباري 13 /318-319، وانظر: السراج الوهاج من كشف مطالب صحيح مسلم بن الحجاج 413/6-414.

(52) خرجة الترمذي في الأحكام 613/3، وأبو داود في الأقضية 299/3، وابن ماجه في الأحكام 2 /776.

(53) المغني 14 / 14 السراج الوهاج من كشف مطالب صحيح مسلم بن الحجاج 6 /415، سبل السلام للصنعاني 324/4، وانظر: الحاوي للماوردي 16 / 160، المفهم لما أشكل من تلخيص كتاب مسلم للقرطبي 168/5.

وسلم، قال: فإن لم تجد في سنة رسول الله صلي الله عليه وسلم ولا في كتاب الله ؟ قال: أجتهد رأي ولا آلو، فضرب رسول الله صلي الله عليه وسلم صدره وقال: الحمد لله الذي وفق رسول رسول الله لما يرضى رسول الله.

وجه الاستدلال: أن النبي صلي الله عليه وسلم أقر معاذاً على الاجتهاد بعد البحث عن الحكم في الكتاب والسنة، فدل ذلك على أن هذه الصفة هي الصفة المطلوبة والمعتبرة في القاضي، ولو جاز الحكم بالتقليد لبين الرسول صلي الله عليه وسلم ذلك في وقته، لأن تأخير البيان عن وقت الحاجة لا يجوز كما قرره الأصوليون، والاقتصار في مقام البيان يفيد الحصر[54].

ج - **أدلتهم من المعقول:**

1- أن الحكم آكد من الفتيا ؛ لأنه فتيا مصحوبة بإلزام، والمفتي لا يجوز أن يكون عامياً مقلداً، فالقاضي من باب أولى[55].

اعتراض وجوابه:

اعترض على هذا الدليل بأن المفتي يجوز أن يخبر بما يسمع، فكذلك القاضي.

وأجيب عن ذلك بأنه يجوز أن يخبر المفتي بما سمع، لكنه لا يسمى مفتياً في تلك الحال، وإنما هو مخبر، فيحتاج إلى أن يخبر عن رجل بعينه من أهل الاجتهاد، فيكون معمولاً بخبره لا بفتياه[56].

2 - أن ولي الأمر لرعيته كوصي اليتيم، فعليه مراعاة المصلحة العامة، فيمنع من لا يحسن الطب -مثالاً- من ممارسته، وهذا أمر متعين عليه، وإذا كان الأمر كذلك فيتعين عليه منع من لا يعرف الفقه من ممارسته،

---

(54) الذخيرة للقرافي 10/ 21.

(55) المغني 14/1 4-15، وانظر: رؤوس المسائل الخلافية 958/6.

(56) المغني 15/14.

وبخاصة على مستوى القضاء؛ لأنه أعلى أنواع الممارسة، لأن فيه ممارسة وإلزاماً، والمقلد – ومن باب أولى الجاهل – لا يعرف الفقه أصلاً؛ لأن الفقه معرفة الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية[57].

3 – أن التقليد في فروع الشريعة ضرورة، فلا يباح إلا لمضطر إليه وهو العامي، لفقده أهلية استنباط الأحكام، أما غيره فلا يجوز له التقليد؛ لأن الله تعالى لم يتعبد الناس بغير كتابه وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام، وإذا كان التقليد لا يباح إلا للمضطر فإن الضرورة تقدر بقدرها، فلا يعدي القاضي المقلد هذا الحكم إلى غيره عن طريق إلزام المتقاضيين بما التزمه هو من مذهب من قلده [58].

4 – أن الحوادث ممدودة، والنصوص معدودة، فلا يجد القاضي في كل حادثة نصاً يفصل به الخصومة، فيحتاج إلى استنباط المعنى من النصوص، ولا يمكنه ذلك إلا إذا كان مجتهداً [59].

أدلة أصحاب القول الثاني:

استدل القائلون بأن الاجتهاد شرط ندب واستحباب فيمن يلي القضاء، وليس شرط جواز وصحة بعدد من الأدلة، منها:

1– أن المقصود من القضاء ايصال الحق إلى مستحقه، وفصل الخصومات، وقطع المنازعات، وهذا الغرض يحصل بتولية المقلد، إذ بإمكانه أن يقضي بعلم الغير، وذلك بالرجوع إلى قوله وفتواه [60].

مناقشته:

نوقش هذا الدليل بأن الغرض من القضاء ليس فصل الخصومات على أي نحو، بل الغرض منه فصلها بمقتضى أحكام الشرع، والقاضي إذا كان جاهلاً أو مقلداً لم يتحقق بقضائه ذلك الغرض، وذلك لأن

([57]) إعلام الموقعين 217/4، وانظر: نظام القضاء في الإسلام ص21.

([58]) الأحكام السلطانية للماوردي ص 66.

([59]) شرح أدب القاضي للصدر الشهيد 128/1.

([60]) شرح فتح القدير 360/6، بدائع الصنائع 3/7.

القاضي المقلد لا يعلم أنه قضى بعلم، ثم إنه جاهل أيضاً بطريق العلم، وإن علم فلم يخرج في الحالتين عن كونه قاضياً بجهل؛ ثم إن الرجوع إلى رأي غيره ليس باجتهاد (61).

2 – أنه إذا جاز للقاضي المقلد الاستفتاء في حق نفسه جاز أن يحكم به في حق غيره، لأنهما معاً حكم بعلم (62).

مناقشته:

نوقش ذلك بأن العامي مضطر، والقاضي غير مضطر، ثم إن العامي يلتزمه في حق نفسه، والقاضي يوجبه على غيره (63).

3 – أن تولية القاضي المقلد الملتزم بمذهب من المذاهب المدونة أدنى إلى السياسة، وأنفى للتهمة عنه، أما كونه أدنى إلى السياسة فلأن من مصلحة الناس تقييد القاضي بمذهب معين، وأما كونه أبعد من التهمة فلأنه لا يستطيع أن يقضي إلا بالراجح من مذهب إمامه الذي ولي القضاء على أساس أن يحكم بمذهبه (64).

مناقشته:

نوقش هذا الدليل بأن قولكم: إن تولية المقلد أدنى إلى السياسة لأن فيه تحقيق مصلحة الناس، مردود بأن الله تعالى لم يتعبدنا بقول أحد غير كتابه وسنة رسوله صلي الله عليه وسلم، وما يرجع إليهما من الأدلة الشرعية المعتبرة، يقول سبحانه وتعالى: (**فَاحْكُمْ بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ(48)**) (65).

وأيضاً: الوقائع والمسائل متجددة غير متناهية، ونصوص الإمام الذي يقلده القاضي مقتصرة على ما وقع في

---

(61) الحاوي الكبير للماوردي 160/16، رؤوس المسائل الخلافية 958/6.

(62) الحاوي الكبير 159/16.

(63) المصدر السابق16 /160.

(64) نظام القضاء في الإسلام للمستشار جمال المرصفاوي ص21.

عصره من قضايا، فكيف يستطيع القاضي أن يصل إلى حكم ما استجد من قضايا ووقائع إذا لم يكن من أهل النظر والاجتهاد؟

أما قولهم بأن تولية المقلد أنفى للتهمة فيجاب عنه بأن المجتهد يشترط فيه العدالة، فهي شرط لقبول حكمه وفتواه، فتوليته أبعد للتهمة، بل إنها منتفية عنه ابتداء [66].

4 – أنه إذا جاز أن يحكم بشهادة الشاهدين مع الجهل بما توصلا به إلى صحة الشهادة، ويحكم بقيمة المقومين مع الجهل بما توصلا به إلى صحة القيمة جاز أن يحكم بفتيا غيره مع الجهل بما توصل به إلى صحة الحكم [67].

مناقشته:

نوقش هذا الدليل بأنه لما روعي في الشهادة آلتها، وهي في التحمل العقل والبصر والسمع، وفي الأداء العقل واللسان وجب أن يراعى في الحكم آلته وهي الاجتهاد [68].

أما القياس على الحكم بما حكم به المقومون فإنه قياس مع الفارق؛ وذلك لأن الحاكم جاهل بطريق التقويم، وقد حكم بقول من هو عالم به وهو المقوم، والمقوم إنما يكون حيث كان حاذقاً حافظاً ضابطاً لقيم السلع على اختلاف أنواعها، ولأن القضاء حكم بما أنزل الله لابد أن يكون القاضي عالماً بما يوصل إليه [69].

---

(65) سورة المائدة الآية (49).

(66) نظام القضاء في الإسلام ص22، وانظر: القضاء في الشريعة الإسلامية للدكتور فاروق مرسي ص 189.

(67) الحاوي الكبير 160/16.

(68) الحاوي الكبير 16/ 160.

(69) أدب القاضي للماوردي 641/1، وانظر: السلطة القضائية في الإسلام د/ شوكت عليان ص129.

المطلب الرابع

القول الراجح ووجه ترجيحه

من خلال تأمل ما استدل به الفريقان في هذه المسألة وإنعام النظر في ذلك، يتبين أن الراجح والله أعلم هو القول بأن الاجتهاد شرط جواز وصحة لتولي القضاء، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة، بل إن بعض العلماء قد نقل الاتفاق عليه.

وقد كان هذا هو المعلوم المتقرر لدى الصدر الأول من الصحابة والتابعين وسائر عصور الاجتهاد.

يقول الإمام الشافعي في ذلك: "وغير جائز له – أي القاضي – أن يقلد أحداً من أهل دهره، وإن كان أبين فضلاً في العقل والعلم منه، ولا يقضي أبداً بما لا يعرف . . . وإذا اجتمع له علماء من أهل زمانه أو افترقوا فسواء ذلك كله، لا يقبله إلا تقليداً لغيرهم من كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس يدلونه عليه حتى يعقله كما عقلوه، فإن لم يكن في عقله ما إذا عقل الناس عقله، وإذا سمع الاختلاف ميزه فلا ينبغي له أن يقضي، ولا ينبغي لأحد أن يستقضيه" (70).

ويقول الحافظ ابن عبد البر: "لم يختلف العلماء بالمدينة وغيرها – فيما علمت – أنه لا ينبغي أن يتولى القضاء إلا الموثوق به في دينه وصلاحه وفهمه وعلمه، وشرطوا أن يكون عالماً بالسنة والآثار وأحكام القرآن ووجوه الفقه واختلاف العلماء، وقد قال مالك– رحمه الله –: "حتى يكون عالماً بما مضى من اختلاف أصحاب رسول الله صلي الله عليه وسلم وأئمة التابعين بالمدينة " (71).

وقد نقل الشوكاني عن أبي علي الكرابيسي صاحب الإمام الشافعي في كتاب "أدب القضاء" أنه قال: "لا أعلم بين العلماء ممن سلف خلافاً أن أحق الناس أن يقضي بين المسلمين من بان فضله وصدقه وعلمه

(70) الأم للشافعي 203/6.

(71) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي لابن عبدالبر 952/2.

وورعه، وأن يكون عارفاً بكتاب الله، عالماً بأكثر أحكامه، عالماً بسنن رسول الله صلي الله عليه وسلم حافظاً كثرها، وكذا أقوال الصحابة، عالماً بالوفاق والخلاف . . . إلخ" (72).

ومن المعلوم أن القاضي مأمور شرعاً بالحكم بالحق، ولا يمكنه القضاء بالحق إلا إذا كان عالماً بالكتاب والسنة واجتهاد الرأي؛ لأن الحوادث ممدودة، والنصوص معدودة، فلا يجد القاضي في كل حادثة نصاً يفصل به الخصومة، فيحتاج إلى استنباط المعنى من المنصوص عليه، وإنما يمكنه ذلك إذا كان عالماً بالاجتهاد وطرقه.

وما تقدم ذكره إنما هو في حالة وجود العدول المجتهدين كما سبق التنبيه عليه عند تحرير محل النزاع في المسألة، أي في غير قضاة الضرورة، وذلك عند عدم وجود المجتهدين في عصر ما من العصور.

المبحث الثاني

أثر الخلاف في المسألة

نتناول في هذا المبحث أثر الخلاف في مسألة اشتراط الاجتهاد فيمن يلي القضاء من الناحية العملية، وهذا الأثر يختلف في حالة وجود المجتهدين في العصر عنه في حالة عدم وجودهم، وبيان ذلك فيما يأتي:

المطلب الأول

أثر الخلاف في حالة وجود المجتهدين

تقدم معنا أن جمهور الفقهاء يرون أن الاجتهاد شرط جواز وصحة لتولي القضاء، فلا يجوز عندهم تولية غير المجتهد مع وجوده، كما سبق بيانه وتفصيله.

وهنا يظهر جلياً أثر القول بالاشتراط، فيرى أصحابه عدم الاعتداد بقضاء القاضي غير المجتهد في هذه

(72) نيل الأوطار للشوكاني 265/8.

الحالة، وذكر هؤلاء أن توليته غير صحيحة، وأحكامه غير نافذة ولو صادفت الحق؛ لأنه لا ولاية له، وهذا هو الأثر العملي للقول بالاشتراط.

أما القائلون بعدم الاشتراط واعتبار ذلك شرط أولوية واستحباب فقط فإنهم يرون صحة تولية المقلد وإن وجد مجتهد أو مقلد أفضل منه، وهو ما ذهب إليه أكثر الحنفية وبعض المالكية، بل إن بعضهم قد ذهب إلى ما هو أبعد من ذلك، فقال بصحة تولية الجاهل للقضاء، يقول صاحب (ملتقى الأبحر) من الحنفية: "والاجتهاد شرط الأولوية؛ فيصح تولية الجاهل" (73).

فإذا كان المراد بالجاهل هنا ذلك الذي ليس لديه تحصيل في العلوم الشرعية ولا ملكة فقهية فهذا قول شاذ يخالف الأدلة الصريحة من المنقول والمعقول، والتي سبق إيراد شيء منها عند الاستدلال لرأي جمهور الفقهاء.

ثم إن هذا القول لا يمكن تصوره في الواقع فكيف يولى القضاء شخص وهو جاهل لا يعرف شيئاً، فلا يستوعب أقوال الخصوم، ولا شروط الدعوى، ولا ترتيب البينات، وما يقبل منها وما لا يقبل؟ ويحتاج في كل خطوة من خطوات القضاء إلى من يفتيه في حكم هذه البينة أو تلك، أو حكم هذا اللفظ أو ذاك، حتى يؤول ذلك إلى أن يقال له: ليكن بجوارك في مجلس القضاء مفت، ليقول لك: افعل كذا، ولا تفعل كذا.

وخلاصة القول: أنه لا يمكن تصور هذا الوضع في مجلس القضاء، فإن وقوعه يؤدي إلى كون مجلس القضاء إلى الهزل والسخرية أقرب منه إلى مجلس الحق والعدل (74).

وقد تصدى ابن الغرس من علماء الحنفية في القرن التاسع لما نسب إلى بعض الحنفية من القول بنحو ما

(73) ملتقى الأبحر بشرحه مجمع الأنهر 426/2.

تقدم، فأنكر أن تصح نسبة هذا القول إلى أحد من أئمتهم المتقدمين، وقال: "إن العامي المحض ليس بأهل للقضاء، وهو الذي ينبغي أن يفهم عن الأئمة المتقدمين " (75).

ثم ذكر أن حقيقة الخلاف بين الحنفية وغيرهم إنما هي في اشتراط الاجتهاد المطلق، فهو الذي لم يشترطه الحنفية وإن اشترطه غيرهم، ودافع ابن الغرس عن مراد أصحابه الحنفية، فذكر أنهم – وإن لم يشترطوا الاجتهاد المطلق – فلا أقل من التلبس بالعلم والفكر والتأهل في الجملة، وأنه لا يصح نسبة القول بتولية الجاهل القضاء إلى أي مجتهد من السلف، فضلاً عن الأئمة، يقول: "فلا ينبغي أن ينسب إلى مجتهد من السلف فضلاً عن إمام من الأئمة تجويز ولاية القضاء التي هي من أشرف المناصب في الإسلام – بعد منصب

الإمام – بعفن السوقة الذين لا يعقلون صغار الأمور المعيشية، فضلاً عن كبارها" (76).

المطلب الثاني

أثر الخلاف في حالة عدم وجود المجتهدين

تقدم معنا عند تحرير محل النزاع في هذه المسألة أن الخلاف فيها محصور فيما إذا وجد المجتهدون في عصر من العصور فهل يسوغ أن يولى غيرهم القضاء من المقلدين؟ أما إذا فرض خلو العصر من مجتهد يمكن توليته القضاء فإن كلمة الفريقين متفقة على أنه يجوز تولية غير المجتهد للضرورة، ويسمى حينئذ قاضي الضرورة عند من يشترط الاجتهاد (77).

---

(74) انظر: القضاء في الشريعة الإسلامية د/ فاروق مرسي ص 189-190، نظام القضاء في الإسلام للمستشار جمال المرصفاوي ص 23-24.

(75) تاريخ القضاء في الإسلام ص 79. نقلاً عن الفواكه البدرية في الأقضية الحكمية لابن الغرس.

(76) تاريخ القضاء في الإسلام ص79-80 نقلاً عن الفواكه البدرية في الأقضية الحكمية لابن الغرس.

(77) الفروع لابن مفلح 6 /422.

أما غير المشترطين لذلك فإنهم لا يسمون القاضي بهذا الاسم، لكونهم أجازوا تولية المفضول مع وجود الفاضل، فقد جعلوا الاجتهاد شرط أولوية واستحباب فقط.

ويتضح مما تقدم أن أثر الخلاف بين الفريقين في هذه الحالة ينحصر في نظرتهم إلى القاضي غير المجتهد، فالمشترطون يعتبرونه قاضي ضرورة، وغيرهم لا يعتبره كذلك.

خاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، أما بعد:

فقد عشنا من خلال هذا البحث مع مسألة بالغة الأهمية تتعلق بتأهيل القضاة، ألا وهي اشتراط صفة الاجتهاد فيمن توكل إليه هذه المهمة العظيمة في الشريعة الإسلامية.

ويمكن إيجاز النتائج التي هدى إليها البحث فيما يأتي:

1- أن التمهيد تناول الحديث عن مقدمات لابد منها لبحث هذا الموضوع، وهي تعريف الاجتهاد لغة واصطلاحاً، ومراتب المجتهدين في الشريعة، ليسهل تصور المراد في هذا البحث.

2- أنه تناول أيضاً تعريف القضاء، وشروط القاضي إجمالاً، وبيان أن محل البحث في هذه الدراسة هو شرط الاجتهاد، وأنه ليس المقصود به قيام القاضي بإعمال النظر والفكر في القضية التي ينظرها، بل المقصود كونه مؤهلاً لذلك، من حيث استيفاوه للشروط الواجب توافرها فيمن يوصف بكونه مجتهداً، كما صرح بذلك المشترطون للاجتهاد فيمن يلي القضاء.

3- أن المبحث الأول تناول خلاف العلماء في اشتراط صفة الاجتهاد فيمن يلي القضاء، وهي أم البحث إن صح التعبير، وجاء المطلب الأول منه في تحرير محل النزاع في هذه المسألة، وتبين أن المقصود بالاجتهاد هو الاجتهاد بمعناه الاصطلاحي المعروف عند الأصوليين والفقهاء، وهو تلك الملكة أو الصفة التي متى وجدت في الشخص سمي مجتهداً، وهي ملكة يستطيع بواسطتها القدرة على استنباط الأحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية.

4 – أنه تبين لنا أن محل النزاع في هذه المسألة لم يحرر عند بعض من تناولها، وقد قرر غير واحد من العلماء

المحققين الذين تناولوا هذه المسألة أن محل الخلاف فيها هو: إذا وجد العدول المجتهدون الذين ينطبق عليهم تعريف الاجتهاد في الاصطلاح في عصر ما فهل يعد الاجتهاد شرطاً لتولي القضاء وصحة حكم القاضي والعمل به، أو يعتبر شرط أولوية واستحباب فقط؟ أما إذا لم يوجد من هذه صفتهم في عصر من العصور فقد اتفقت كلمة العلماء على عدم اشتراط الاجتهاد؛ لأنه يؤدي حتماً إلى سد باب القضاء، وإضاعة حقوق العباد.

5- أنه تبين لنا أن الراجح من قولي العلماء في مسألة اشتراط الاجتهاد فيمن يلي القضاء هو رأي جمهورهم الذين يرون أن الاجتهاد شرط جواز وصحة لتولي القضاء، لقوة أدلته وسلامتها من المناقشة، بل إن بعض العلماء نقل الاتفاق على ذلك.

وينبغي أن يقيد ذلك -كما ظهر من تحرير محل النزاع - ويعقق بوجود العدول المجتهدين في عصر من العصور.

6 - أن المبحث الثاني تناول جانباً مهماً من جوانب البحث، وهو أثر الخلاف في المسألة، وتبين أن أثر الخلاف يظهر جلياً في موضعين:

الأول: في حالة وجود المجتهدين، فإن جمهور الفقهاء يرون اشتراط الاجتهاد فيمن يلي القضاء، وأنه شرط جواز وصحة، فلا يعتد بقضاء القاضي غير المجتهد، ولا تصح توليته عندهم، وأحكامه غير نافذة ولو صادفت الحق؛ لأنه لا ولاية له عندهم.

أما القائلون بعدم الاشتراط، وأن ذلك مجرد شرط أولوية واستحباب فقط فإنهم يرون صحة تولية غيره، وإن وجد مجتهد أو مقلد أفضل منه.

كما تبين أنه ليس مراد من قال بصحة تولية الجاهل من أصحاب هذا القول ذلك الذي ليس لديه تحصيل في العلوم الشرعية ولا ملكة فقهية، فإن هذا القول شاذ، ويخالف الأدلة الصريحة من المنقول والمعقول، وقد

وقف بنا البحث على تحقيق العلامة ابن الغرس الحنفي فيما نقل عن بعض علماء مذهبه في هذه المسألة.

الثاني: أنه إذا لم يوجد مجتهدون في عصر من العصور فقد اتفقت كلمة الفريقين على جواز تولية غير المجتهد للقضاء .

ويبقى الخلاف بينهما منحصراً في أن القاضي يسمى حينئذ قاضي ضرورة عند المشترطين، أما غير المشترطين فلا يسمونه بذلك؛ لأنهم قد أجازوا تولية المفضول مع وجود الفاضل، لأنهم جعلوا الاجتهاد شرط أولوية واستحباب فقط.

وماسبق هي أهم النتائج التي هدى إليها هذا البحث.

والله أعلم وأحكم، وصلى الله على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.